

University of Groningen

Toerekeningsvatbaarheid en de vraag naar het kwaad

Mooij, A.W.M.

Published in:

Pet af : liber amicorum D.H. de Jong

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Mooij, A. W. M. (2007). Toerekeningsvatbaarheid en de vraag naar het kwaad. In B. F. Keulen, G. Knigge, & H. D. Wolswijk (editors), *Pet af : liber amicorum D.H. de Jong* (blz. 333-352). Nijmegen: s.n..

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Toerekeningsvatbaarheid en de vraag naar het kwaad

A.W.M. MOOIJ^o

De vraag naar het kwaad heeft de mens begeleid sinds hij nadacht over zijn plaats in de wereld. De vraag naar het kwaad staat niet los van die naar het goede. Wat is het kwaad, in onderscheid tot het goede? Zijn het tegengestelde krachten of is het ene (het kwaad) een tekort aan het andere (het goede)? Waar komt het kwaad vandaan, speelt de mens daarin een rol en zo ja welke dan? Het denken hierover heeft vorm gekregen in de oude stichtingsmythes van de verschillende culturen, in religies en in verschillende vormen van filosofie. Men boog zich over de aard van de mens, zijn plaats in de kosmos, het leven dat hij diende na te streven en de samenleving waarin de antwoorden verwerkelijk moeten worden. Ten slotte vond de vraag naar het kwaad zijn neerslag in de moderne wetenschappen voorzover die zelf waardevrij zouden zijn, maar toch dienstbaar kunnen zijn aan doelen daarbuiten, zoals de medische wetenschap die het kwaad van de ziekte bestrijdt.

De band tussen het strafrecht en het kwaad is nog hechter. Het lijkt erop dat het kwaad – althans een bepaalde vorm ervan – het strafrecht oproept en dat het strafrecht een antwoord op het kwaad is. Dat geldt niet alleen voor het strafrecht maar ook voor met het strafrecht samenhangende, veeleer empirische wetenschappen zoals de criminologie en de forensische psychiatrie. De relatie met het kwaad lijkt binnen de forensische psychiatrie nog eens zo onontkoombaar. De forensische psychiatrie houdt zich immers bezig met een advies aangaande de toerekeningsvatbaarheid van een verdachte, waar zich de vraag voordoet in hoeverre een in een delict bewerkstelligd kwaad verkozen of in diepere zin ‘gewild’ is. Bij een positieve beantwoording kan het kwaad vergolden worden en bij een negatief antwoord vervalt deze mogelijkheid. Bij een advies over de oplegging van terbeschikkingstelling ligt er de vraag of het kwaad dat voor een deel niet verkozen is, zich in die vorm zal herhalen. Er bestaat dus een relatie tussen de vraag naar het kwaad en het strafrecht (en de forensische psychiatrie).

Het probleem van het kwaad – ook indien beperkt tot strafrecht en forensische psychiatrie – is natuurlijk zo omvangrijk, dat in deze bijdrage alleen maar een aantal aspecten aangestipt kan worden. Wij zullen eerst enkele onderscheidingen invoeren in het begrip van het kwaad en vervolgens de betekenis hiervan voor het strafrecht en de forensische psychiatrie toelichten. Vervolgens zullen enkele opvattingen over het kwaad uit de geschiedenis van de filosofie de revue passeren en zal een mensbeeld geschetst worden waarin het kwaad als ‘keuze voor het kwaad’ geplaatst kan worden. Van daaruit zullen wij terugkeren naar de vraag van het kwaad in relatie tot de toerekeningsvatbaarheid.

^o Hoogleraar forensische aspecten van de rechtspraak, met name de forensische psychiatrie aan de Universiteit Utrecht.

Twee vormen van kwaad

Bij raadpleging van de woordenboeken van de filosofie wordt men in eerste instantie geconfronteerd met één grondbetekenis. Het kwaad is, in een eerste omschrijving, iets dat voorwerp van afkeuring is en waartegen men zich legitiem kan verzetten en dat men mag proberen te wijzigen.¹ Hierbinnen kan men vervolgens het onderscheid aantreffen tussen het kwaad als feitelijk bestaand en als door de mens aangericht. Men spreekt ook wel van het fysieke kwaad (het leed) en het morele kwaad (de moedwillige aanrichting ervan).² Ook ten aanzien van 'het goede' treft men eenzelfde onderscheid aan: het goede dat er is en het goede dat de mens teweegbrengt.

Dit onderscheid lijkt voor de hand te liggen, maar er zijn argumenten voor een niet zo strikte scheiding. Voor de gangbare ervaring is er een verbinding tussen 'het goede doen' en het 'zich goed voelen'; en tussen 'het kwade doen' en het 'te kwaad hebben'. Een bekend gezegde luidt: 'Wie goed doet, goed ontmoet' en een parallel daarvan zou luiden: 'Wie kwaad doet, ontmoet tegenspoed.' Er is blijkbaar intuïtief een soort samenhang tussen deze twee vormen van goed en van kwaad. Dat geldt niet alleen voor deze zelfervaring maar ook voor de meer traditionele klassieke mensopvatting. Volgens de klassieke aristotelische ethiek is er in de natuur van de mens een soort doel afgetekend, waarnaar de mens zou moeten leven. Als naar dit doel geleefd wordt, is het zo geleefde leven tevens een goed leven en daarmee een gelukkig leven. De twee betekenissen van het goede vloeien zo in elkaar over. Dit wordt kernachtig samengevat in de zin: 'Man fühlt sich wohl im Guten.' Het kwade is in het verlengde hiervan niet een zelfstandige kracht, maar is een tekort in de werkelijkheid van het goede leven. Een gelukt leven is een gelukkig leven.

Die samenhang tussen 'geluk' en 'gelukt', tussen mislukt en ongelukkig – de twee vormen van goed en kwaad – is niet beperkt tot de klassieke mensopvatting, maar kan ook naar voren komen in een moderne context. Wie kwaad overkomt (ziekte, ongeluk of een misdrijf), zoekt soms de oorzaak bij zichzelf: wat heb ik fout gedaan dat mij dit overkomt? Zo voelen slachtoffers zich soms schuldig aan datgene wat hun is aangedaan. Daarop wijst ook het voorkomen van een 'overlevingsschuld' waarbij de overlevende zich schuldig voelt over de dood van anderen. Ook hier lopen het fysieke kwaad (het leed) en het morele kwaad (de verantwoordelijkheid daarvoor) in elkaar over.

Toch kan men staande houden dat in de moderne tijd de koppeling tussen de twee vormen van kwaad – het fysieke en het morele – steeds losser wordt. Kant is in de achttiende eeuw een sleutelfiguur hierin geweest. Bij hem wordt definitief ge-

¹ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Parijs: PUF 1972, p. 590, lemma 'Mal': '*Sens général*: tout ce qui est objet de désapprobation ou de blâme, tout ce qui est tel que la volonté a le droit de s'y opposer légitimement et de le modifier si possible.'

² Lalande 1972 (*supra* noot 1), p. 590, lemma 'Mal': '*Spécialement*: Mal moral. Ce sens est toujours celui du mot dans l'expression "Faire le mal".'

broken met de gedachte van een in de mens gelegen natuur, die een weerspiegeling zou zijn van een vaste ordening van de natuur buiten hem. Zo wordt gebroken met de traditionele ethiek waarbij het goede leven uit de menselijke natuur valt af te leiden en het goede leven ook tot een gelukkig leven leiden zou. Er ontstaat een scherpe scheiding tussen de sferen van het zijn en het behoren. 'Is' komt tegenover 'ought' te staan. Het betreft een ontwikkeling in het denken die niet bij Kant inzet maar bij hem wel een voorlopige voltooiing vindt, als hij breekt met de these: 'Man fühlt sich wohl im Guten.' Er is geen menselijke natuur die als een soort reisgids voor het leven kan fungeren en er is ook geen garantie dat een goed leven tot een gelukkig leven leidt. Het is dan ook niet toevallig dat juist Kant een scherp onderscheid maakt tussen het fysieke en het morele kwaad: 'das Übel' als het fysieke kwaad en 'das Böse' als het morele kwaad.³

Het moderne strafrecht

Het moderne strafrecht staat in de sociale en morele traditie die door Kant niet is geïnitieerd maar wel is bevestigd. Kant verwierp, zo bleek, de gedachte van een in de natuur van de mens voorgetekende leefwijze van het goede leven. Juist in zijn tijd raakte men doordrongen van het besef van de betrekkelijkheid van de verschillende invullingen van het goede leven. Omdat de menselijke natuur blijkbaar geen voldoende grondslag bood voor de gemeenschappelijke levensvoering, moest die grondslag ergens anders gevonden worden. Hiertoe bood zich het denken in de termen van een sociaal contract aan, dat ontwikkeld was in de politieke filosofie van de zeventiende en achttiende eeuw. Hierin is de verbinding met de natuur losgelaten en wordt vertrokken vanuit een fictieve overlegsituatie waarin de toekomstige burgers zich onderling binden aan een fundamentele afspraak en een maatschappelijk contract aangaan. Hoewel de diverse sociaal-contractdenkers een verschillende inhoud aan het maatschappelijke verdrag gaven, was de gedachte van een sociaal contract bepalend voor de moderne maatschappij en de rechterlijke systemen daarbinnen. In de lijn van het moderne levensgevoel en de nieuw ontstane maatschappelijke ordening lag het accent op de vrijheid van de burger en het bevorderen van de maatschappelijke condities daarvan (zoals orde en rust). Ook in het strafrecht vond deze oriëntatie haar neerslag. De moderne strafbaarstellingen blijven weliswaar voor een deel uitdrukking van de eeuwenoude moraal, zoals de bepalingen aangaande de bescherming van het leven, de integriteit van het lichaam en de eigendom, maar zijn daarnaast gekoppeld aan de moderne zelfopvatting van de mens als een wezen dat zelf de richting van zijn leven bepaalt en hierin niet beperkt mag worden. Het moderne strafrecht zal daarbij de moderne vrijheidsrechten respecteren, en komt pas in actie bij de overschrijding van bepaalde vormen van verwerke-

³ I. Kant, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht* (1798), *Werke* (Ed. Weischedel) Bnd 6, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1964, p. 400-688, p. 601.

lijking hiervan, zoals het verbod van belediging als begrenzing van het recht op vrije meningsuiting.⁴ Als grondslag van de strafbaarstellingen fungeert niet het beschermen of bevorderen van het goede leven, zoals dat geleefd zou moeten worden in het verlengde van een veronderstelde natuur van de mens. Die grondslag is veel beperkter en betreft het bieden van bescherming aan de autonomie van de burger tegen de medeburger die hem in de uitoefening van zijn autonomie zou kunnen schaden. Doel van het strafrecht is het markeren en doen naleven van een grens aan de uitoefening van de zelfbeschikkingsmacht, voor zover die leidt tot het berokkenen van ernstige schade.

De interventie van het strafrecht is van bijzondere aard. Zij is straffend, punitief. Daarin verschilt een strafrechtelijke sanctie van bijvoorbeeld een civielrechtelijke oplossing van een geschil, waarbij een benadeelde partij niet in het gelijk wordt gesteld en daarvan eventueel leed ondervindt.⁵ Dit leed is niet beoogd, terwijl de traditionele definitie van de straf het toebrengen van als zodanig beoogd leed is. Dit maakt tevens dat het strafrecht op een nadrukkelijke manier zijn bestaansrecht moet rechtvaardigen. Het recht van de staat om te straffen is vanzelfsprekend, maar het is ook problematisch. Het is vanzelfsprekend omdat een overheid grenzen stelt aan het gedrag van burgers. Deze grenzen dienen gehandhaafd te worden, wil de overheid zichzelf kunnen handhaven, waarbij op een overschrijding een straffende sanctie gesteld is. Het recht om te straffen is problematisch omdat er een grote variabiliteit is van strafbaarstellingen, waaruit een 'willekeur' spreekt – Pascal wees hier reeds op.⁶ En het is problematisch omdat de strafrechtelijke sanctie raakt aan levensbeschouwelijke kernvragen: het strafrecht vraagt als het ware om een rechtvaardiging. Wordt een straf opgelegd omdat een kwaad is geschied (*quia peccatur*), of opdat geen nieuw kwaad geschiedde (*ne peccatur*)?⁷ Aan deze antwoorden aangaande het strafdoel gaat nog een fundamentele vraag vooraf en die betreft de rechtvaardiging van de straf zelf, als straf. Als straffen leed toebrengen is, kan men zich afvragen waarom het toebrengen van leed – van een kwaad – zelf geen kwaad is maar een goed zou zijn. Wordt aan kwaad nog kwaad toegevoegd, zonder dat daar voldoende 'goed' tegenover staat?⁸

⁴ A.L.J. Jansen, *Strafbare belediging*, Amsterdam: Thela thesis 1998.

⁵ D.H. de Jong & G. Knigge, *Het materiële strafrecht*; bewerking van J.M. van Bemmelen en Th.W. van Veen, *Ons strafrecht. Deel 1*, Deventer: Kluwer 2003, p. 15.

⁶ B. Pascal, *Pensées* (ed. Brunschvicg), Parijs: Garnier 1964, no. 294: 'Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence; un méridien décide de la vérité; en peu d'années de possession, les lois fondamentales changent! Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà.'

⁷ J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 893-906.

⁸ De Jong & Knigge 2003 (*supra* noot 5) p. 16: 'Of wordt aan kwaad nog kwaad toegevoegd zonder dat daar voldoende tegenoverstaat?'

Bovendien stoten wij in het strafrecht weer op de verwikkeling tussen de twee vormen van kwaad: het fysieke kwaad (het leed) en het morele kwaad (het moedwillige toebrengen ervan). Het fysieke kwaad is het leed dat een delict bewerkstelligt. Dit kan zijn het verlies van het leven, lichamelijke beschadiging, gezondheidsverlies, of andere verliezen en de hiermee corresponderende gevoelens bij het slachtoffer, de kring om hem heen of de nabestaanden. Dit kwaad, dit leed moet vergolden worden, niet volledig vereffend in de zin van 'oog om oog, tand om tand', maar wel in de zin van kwaad naar kwaad, leed naar leed. Het als straf aan de dader moedwillig toegevoegde leed dient in een zekere verhouding, proportionaliteit, tot het door de dader aan het slachtoffer toegebrachte leed te staan. Essentieel is daarbij de verbinding tussen het leed en het moedwillig, verwijtbaar toebrengen ervan. Dit geldt zowel ten aanzien van de straf als het initiële delict. Het leed van de straf is niet een leed dat min of meer bijkomstig ontstaat bij toepassing bij de sanctie, zoals dat bij sancties van niet-punitieve aard toevallig kan ontstaan, maar het is een leed dat beoogd wordt, nagestreefd wordt. Het is beoogd leed. Diezelfde koppeling geldt ten aanzien van leed van het delict. Een delict komt pas in aanmerking voor vergelding als ook dit beoogd, nagestreefd, verkozen is. De straf is een 'moreel kwaad', niet ter vergelding van kwaad, maar ter vergelding van een 'moreel kwaad'. Daarbij doet zich een complicatie voor. Wanneer dit kwaad namelijk niet verkozen is, vervalt de grondslag van straftoepassing, omdat er dan alleen een lijden is ontstaan, zonder dat dit verkozen is, zodat vergelding geen basis heeft. Het morele kwaad is blijkaar gecompliceerd of gelaagd.

Toerekeningsvatbaarheid

Hier betreden wij het terrein van de specifieke strafuitsluitingsgrond van de ontoerekeningsvatbaarheid. Die heeft een aparte plaats te midden van alle strafuitsluitingsgronden, voorzover de keuzevrijheid in het begaan van het delict en dus in het toebrengen van leed aangetast is. Dat is niet het geval bij de strafuitsluitingsgronden die zich richten op uitwendige omstandigheden, zoals noodweer, waarbij onrecht of de ernstige dreiging ervan wordt afgeweerd door ander onrecht. Bij een beroep hierop verandert niet de aard van het toegebrachte leed, maar wordt op grond van overwegingen van redelijkheid een oplegging van de straf niet billijk geacht, omdat in de betreffende omstandigheid niet gevergd kan worden dat de verdachte zich niet zou verdedigen. Een analoge overweging geldt bij een beroep op psychische overmacht. Hierop kan een beroep gedaan worden indien iemand gehandeld heeft onder invloed van een heftige gemoedsbeweging die samenhang met een zware druk die van een situatie uitging, waaraan redelijkerwijs geen weerstand geboden kan worden. Ook in het geval van toepassing van deze strafuitsluitingsgrond blijft de band tussen dader en daad overeind. De daad is dan weliswaar vanwege de uitzonderlijkheid van de betreffende situatie niet verwijtbaar, maar de keuzevrijheid als bindend element tussen persoon en daad zelf blijft intact.

Een aparte figuur vormt het beroep op ontoerekeningsvatbaarheid, omdat daar een wig gedreven wordt tussen de daad en de verdachte. Bij erkenning van een beroep hierop blijven de daad als daad en schuld als daadschuld bestaan, maar blijft de toerekening achterwege. Dat kan indien er een causaal verband bestaat tussen de stoornis en het feit, in die zin dat de stoornis zich thematisch bezien in het feit uitdrukt, terwijl de stoornis van dien aard is dat zij de wilsvrijheid, in de zin van het vermogen reflexief na te denken over de beoogde handeling, opheft. Er is een wil (*voluntas*) die vanuit een stoornis gericht is op het kwade (bij voorbeeld het letsel van het slachtoffer), maar tegelijkertijd heft die stoornis de wilsvrijheid (*liberum arbitrium*) op.⁹ Het concept van de toerekeningsvatbaarheid brengt dus een nuancering aan in het morele kwaad. Het legt een snede binnen het morele kwaad.

De modaliteit van vermindering van de toerekeningsvatbaarheid verandert hieraan niet iets wezenlijks, wel wordt de nuancering nog verder doorgevoerd. Door de mogelijkheid van een verminderde keuzevrijheid aan te nemen, is het werkstellige kwaad voor slechts een deel een moreel kwaad (in een strafrechtelijke specificatie) en voor een deel niet. De gangbare praktijk van de toerekeningsvatbaarheid voert dus in het hart van de vraag naar het kwaad: de verhouding tussen het fysieke en morele kwaad en de aard van het morele kwaad zelf.¹⁰

Voordat wij de kwestie van de toerekeningsvatbaarheid in verhouding tot het kwaad verder uitdiepen, is het goed een meer algemeen zicht te krijgen op de verhouding tussen de twee vormen van kwaad alsook op de geleding binnen het morele kwaad. Hiertoe zullen wij te rade gaan bij de geschiedenis van de filosofie, in het bijzonder bij de filosofie van Kant. Dit lijkt misschien nogal af te voeren van de kernvraag van dit opstel – en dat is voor een deel ook zo – maar een bespreking is ook verantwoord gelet op het onderwerp zelf: de vraag naar het kwaad en de toerekeningsvatbaarheid. De conclusies aangaande de toerekeningsvatbaarheid vloeien uiteindelijk min of meer vanzelf uit deze beschouwing voort.

Kleine filosofie van het kwaad

In de filosofische vraag naar het kwaad leven de religieuze en de levensbeschouwelijke vraag naar het kwaad voort. De vraag naar goed en kwaad is natuurlijk ouder dan de filosofie en is ‘zo oud als de mens’. De verschillende oerverhalen van de verschillende religies geven evenzovele antwoorden op de vraag naar goed en kwaad en naar de oorsprong van het kwaad. Zij pogen ieder op hun wijze onder meer een

⁹ A.W.M. Mooij, *Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid*, Amsterdam: Boom 2004, p. 93-94.

¹⁰ De Jong & Knigge 2003 (*supra* noot 5), p. 146: ‘Het lag daarbij voor de hand, dat een dergelijk criterium in de eerste plaats werd gezocht in iemands vermogen te kunnen onderscheiden tussen goed en kwaad. Het strafrecht werd immers beschouwd als gebaseerd op de vergelding. Kwaad werd met kwaad vergolden.’

antwoord te geven op de vraag: vanwaar het kwaad? Het kwaad is gelegen in de schepping zelf en valt samen met de oorsprong der dingen waardoor er in de schepping een voortdurende strijd is tussen orde en chaos, tussen goed en kwaad (Assyro-Babylonische mythes); het kwaad is een gevolg van een val van de mens, waar hij door Satan verleid werd tot het eten van de vruchten van de boom der kennis (de Adamitische mythe); het kwaad is een gevolg van een misleiding door de goden (het Griekse gezichtspunt); of het kwaad is gegeven met de lichamelijkheid (de Gnosis).¹¹ Inherent aan een dergelijk kosmologisch perspectief is dat het verschil tussen de sferen van het fysische en morele kwaad gaat vervagen, opgenomen als zij zijn in een kosmisch geheel. Het kwaad heeft een eigen zelfstandigheid in de zijnsorde ofwel als een onderdeel daarvan of als een inbreuk daarbinnen.

Binnen de christelijke traditie ligt dat anders, omdat daar aan het kwaad geen zijnsmacht wordt toegekend. Het mist substantie en bestaat als iets negatiefs, als wat aan het goede dat er wel is ontbreekt: 'privatio boni'.¹² Dat heeft tot gevolg dat het kwaad aan de kant van mens wordt geplaatst. De vraag 'Vanwaar het kwaad?' verliest zijn gewicht. In de plaats daarvan ontstaat ruimte voor de vraag: 'Waarom doet de mens kwaad?'¹³ Het morele perspectief op het kwaad gaat overheersen zodat, in de lijn van Augustinus, een 'morele visie op de wereld' gaat ontstaan. Elk kwaad is dan zelf een morele misstap (misdad) of is, als vergelding ervoor, te zien als straf. De geschiedenis krijgt zo een punitief aspect, omdat rampen opgevat kunnen worden als straf van God. Hierbij past ook het concept van een oerschuld ofwel in religieuze taal 'erfzonde, waar de fout doorgegeven wordt van geslacht op geslacht – waar men ook wel de invloed van de Gnosis in heeft herkend met haar opvatting van het kwaad als een gevolg van de lichamelijkheid.

In een religieus en met name theïstisch perspectief, ontstaat nog een ander probleem: een probleem 'voor God'. De vraag laat zich stellen waarom God toelaat dat er zo veel kwaad in de wereld is: 'Waarom laat God toe dat.....?' (Karamazow). Deze ervaring leidt naar het probleem van de 'Theodicee', naar de rechtvaardiging van God in relatie tot het kwaad. Leibniz heeft in de tijd van de Verlichting een klassiek antwoord gegeven. Daartoe onderscheidde hij, naast het morele en het fysische kwaad, nog een derde vorm: het metafysische kwaad. Naast het fysische kwaad van het leed en het morele kwaad van de fout, is er het metafysische kwaad van de on-

¹¹ P. Ricoeur, *Philosophie de la volonté. Tome 2. Finitude et culpabilité. Livre 2. La symbolique du mal* (1960), Parijs: Aubier 1988, p. 309- 441.

¹² J. Hick, 'Evil', in: P. Edwards (red.), *The Encyclopedia of Philosophy. Vol. 3.* New York/Londen: Macmillan. Plsh. 1972, p. 136-141, in het bijzonder p. 136-137: 'Evil as privation.'

¹³ P. Ricoeur, *Le mal. Un défi à la philosophie et à la théologie*, Genève: Labor et Fides (1986), 2004, p. 35: 'Unde malum faciamus?'

volmaaktheid.¹⁴ Basaal aan Leibniz' gedachtegang is zijn fundamentele optimisme, zoals dat tot uitdrukking komt in zijn these van de 'toereikende grond', 'rationis sufficientis'. Alles wat is, heeft een toereikende grond om te zijn, anders was het er niet. Er is dus een goede reden voor al wat is. De wereld zoals hij is, is daarom niet alleen goed maar is zelfs de best mogelijke wereld ('le meilleur des mondes possibles'), want anders zou hij er niet zijn en zou er een andere, nog betere, nog vernuftiger en doeltreffender, wereld zijn – ook al heeft deze wereld, juist omdat het maar een van de mogelijke werelden is, haar beperkingen. Precies daarin ligt het metafysische kwaad. Het fysische kwaad dat gegeven is met eindigheid en dood, de wisseling der generaties, de kringloop van het leven, is een gevolg van een onvermijdelijke beperktheid, een onvolmaaktheid die uitdrukking is van het metafysische kwaad. Het morele kwaad is een uitvloeisel van de menselijke vrijheid, de keuzevrijheid die de mens tot mens maakt en als zodanig door God gewild is in de schepping van deze wereld, als een weliswaar niet volmaakte maar wel als de best mogelijke wereld.

Er is nog een derde optie. Zoals er een morele visie op het kwaad is (in de lijn van Augustinus) en een metafysische visie (in de lijn van Leibniz), is er nog een, wat men kan noemen, fysische blik op het kwaad. Spinoza is daar een representant van. Spinoza ontkent dat het goede of het kwade een zelfstandigheid is, die aan het zijn zelf zou toekomen, omdat beide slechts een perspectief op de dingen zouden behelzen. Zij betreffen geen zijswijze, maar een zienswijze. De begrippen van goed en kwaad resulteren uit een vergelijking van 'dat wat is' met het idee of voorstelling daarvan, 'zodat', schrijft hij, 'een ieder naar gelang van zijn eigen aandoeningen oordeelt of schat wat goed, wat kwaad, wat beter, wat slechter, en ten slotte wat het best of het slechtst is.'¹⁵ Er is zo bezien alleen een subjectief gezichtspunt, een lijden of geluk. Bovendien is er ook geen ruimte voor iets als wilsvrijheid. Ook al menen de mensen te kunnen beschikken over wilsvrijheid, toch is dat een illusie. De mens leeft, bij Spinoza, in een gedetermineerd universum en hij is onderworpen aan een allesomvattende causaliteit.¹⁶ Op gebied van de menselijke realiteit toont deze natuurcausaliteit zich op het vlak van de natuurlijke affecten. Het leven volgens de rede biedt weliswaar de mogelijkheid tot distantie ten opzichte van de affecten, maar ook dan kan men niet van vrijheid in de specifieke zin van wilsvrijheid spreken, om-

¹⁴ G.W. Leibniz, *Théodicée. Essais sur la bonté de dieu, la liberté de l'homme et l'origine du mal* (1710), Parijs: Aubier 1962, Partie 1, par. 21 (p. 121): 'Le mal métaphysique consiste dans la simple imperfection, le mal physique dans la souffrance et le mal moral dans le péché.'

¹⁵ B. de Spinoza, *Ethica*, III, 39, Scholion, vertaling van N. van Suchtelen (1915), Antwerpen/Amsterdam: Wereldbibliotheek, vierde herziene druk z.j., p. 164; aan het gegeven citaat direct voorafgaand: 'Hierboven immers (...) hebben wij aangetoond dat wij niets begeren, wijl wij oordelen dat het goed is, maar dat wij integendeel datgene goed noemen wat wij begeren en bijgevolg alles waarvan wij afkerig zijn, kwaad heten.'

¹⁶ H.G. Hubbeling, *Spinoza*, Baarn: Wereldvenster 1966, p. 79-80: 'De mensen menen wel over een "vrije wil" te beschikken, maar dat komt omdat zij niet letten op de hen bepalende oorzaken.'

dat men in dat geval leeft volgens de eigen redelijke natuur. Vrijheid is slechts gelegen in het krachtens de eigen natuur bestaan en door zichzelf tot handelen worden genoopt.¹⁷

Kant en het morele kwaad

Kant staat in zekere zin tegenover Spinoza. Enerzijds was hij, als Spinoza, diep doordrongen van de universaliteit van de natuurcausaliteit maar ook wilde hij, anders dan Spinoza, per se de vrijheid van de mens redden. Daarmee werd hij de grote protagonist van de morele visie op het kwaad. Hoewel hij vasthield aan de universele strekking van een causaal-determinisme, wilde hij de menselijke vrijheid en verantwoordelijkheid redden, die door hem omschreven werden als de spontaneïteit van een handeling en haar toerekenbaarheid ('Imputabilität'). Hij loste dit probleem op door een dualisme in te voeren en de mens te zien als burger van twee werelden: de wereld van de natuurcausaliteit en de wereld van de vrijheid. Dit dualisme is een poging om aan de geslotenheid van de natuurcausaliteit te ontkomen en het specifiek menselijke, in de zin van vrije zelfbepaling, te redden. Deze uitkomst kan tegemoetkomen aan de menselijke zelfervaring waarin de vrijheidsbeleving van oudsher een rol speelt, maar staat aan de andere kant op gespannen voet met de moderne opvatting van de werkelijkheid als enkelvoudig. Er zou dan niet één werkelijkheid zijn maar twee. Of, minder drastisch: een werkelijkheid met twee kanten, de zijde van de natuur en de zijde van de vrijheid.

Centraal in deze werkelijkheidsvisie staat de mogelijkheid van de menselijke vrijheid tegenover de feitelijkheid van de morele wet. Het feit van de morele wet laat ons zien dat er vrijheid is: 'Du kannst, denn du sollst.' Aan de andere kant is de vrijheid de zijnsgrond van de wet. De inhoud van de wet zelf is algemeen, in de zin dat het beginsel van de algemeenheid de inhoud ervan is. De morele wet, ofwel de zedenwet verlangt immers dat wij bij iedere gedragsregel – Kant zegt 'maxime' – ons afvragen of deze regel universaliseerbaar is.¹⁸ Dat vormt het merkteken van de moraliteit. Liegen is onzedelijk omdat, als iedereen zou liegen, de maatschappij niet zou kunnen bestaan. De zedelijkheid van handelen wordt dus losgekoppeld – en dat is essentieel voor Kant – van gevoelens of 'neigingen' zoals gevoelens van sympathie of altruïsme, maar is bepaald door de vrije verhouding van de wil tot een bovennatuurlijke, redelijke zedenwet.

Hoe is daarbij de verhouding tussen het goede en het kwade? Kant zal zeker niet zeggen dat de mens 'van nature goed' is. Er is, zegt hij, wel een aanleg tot het goede,

¹⁷ Spinoza, *Ethica* (supra noot 15), I, definitie VII: 'Datgene zal "vrij" heten, wat alleen krachtens de noodwendigheid van zijn eigen aard bestaat en alleenlijk uit zichzelf tot werken wordt genoopt;'

¹⁸ J. Verhaeghe, 'Plicht en vrijheid – een inleiding tot de ethiek van Kant', in: J. Leilich (red.), *Kant. Een inleiding*, Kapellen: Pelckmans 2004, p. 70-100, i.h.b. p. 84-88.

die een 'dierlijke', een sociale en een persoonlijke component bevat: de aanleg tot zelfhandhaving, tot samenleven en wederzijdse erkenning en ten slotte de aanleg tot redelijk en tegelijk toerekeningsvatbaar wezen. Die aanleg blijkt uit de aanwezigheid van de vrije wil ofwel de wilsvrijheid, die bij Kant 'vrije willekeur' ('freie Willkür') heet. Hoewel de mens naar het inzicht van Kant niet 'van nature goed' is, blijkt er wel een aanleg daartoe.¹⁹

Daarnaast is er volgens Kant – en dat is toch wel verrassend – een 'hang naar het kwade'. Ook die heeft drie gradaties of gronden. Zij komt allereerst voort uit de gebrekkigheid of de broosheid (*fragilitas*) van de menselijke natuur, op basis waarvan men het goede wil, maar men de kracht niet heeft dit door te zetten ('wilszwakte'). Daarnaast is er de onzuiverheid (*impuritas*) waarbij de goede wil ofwel de wil om de wet in acht te nemen, gemengd is met onzuivere motieven, zoals bij voorbeeld ijdelheid of opportunisme.²⁰ De derde en meest fundamentele mogelijkheid is de omkering (*perversitas*) van de wil. Hier is er een omkering van de rangorde in die zin dat de wil om het goede te doen ondergeschikt is aan egocentrisme.²¹ De hang naar het kwaad heeft bij Kant met deze drie vormen dus geen betrekking op kwaadwiligheid ofwel het kiezen van kwaad om het kwaad. Het thema van de 'les fleurs du mal' van de Romantiek, de aantrekkingskracht van het kwaad zelf, speelt bij hem nog niet. Het gaat hem om het gewone kwaad: dat mensen, zelfs vrienden, niet altijd te vertrouwen zijn; dat men de hulpgever soms haat vanwege het verstrekken van hulp; dat men het soms prettig vindt als een vriend een tegenslag ervaart. Deze hang naar het kwaad, zegt Kant, komt voort uit de vrijheid zelf en niet uit de zuigkracht van de natuur. Als deze hang naar het kwaad uit de natuur zou voortkomen, zou het geen moreel kwaad zijn, waarvoor verantwoordelijkheid gedragen kan worden. Deze hang is dan ook geen empirische neiging, maar een uiting van de zuivere, vrije wil. Zij ligt besloten in de aard van de vrijheid zelf: 'Omdat deze hang echter uiteindelijk in een vrije willekeur moet worden gezocht en derhalve aangerekend kan

¹⁹ I. Kant, *Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft* (1793/4), *Werke* (Ed. Weischedel) Bnd 4, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1970, p. 647- 879, p. 672-675.

²⁰ Kant, 1793/4 (*supra* noot 19), p. 675-677.

²¹ Het belang van egocentrisme of eigenliefde wordt breed uitgewerkt door P. Kleingeld, 'Kant: de menselijke hang naar het kwaad', in: A. Kinneging & R. Wiche (red.), *Van kwaad tot erger. Het kwaad in de filosofie*, Utrecht: Spectrum 2007, p. 227-242.

worden, is hij zelf moreel slecht.²² En elders: ‘Alleen het morele vermogen van de (sc. vrije) willekeur kan behept zijn met een hang naar het kwaad.’²³

Deze hang naar het kwaad heet vervolgens ‘radicaal’, en wel omdat hij zowel aan de wortel, de oorsprong, ligt van de wil (de wilsdaad) alsook aan die van het uiterlijke resultaat (de gewilde daad): ‘De hang naar het kwaad is nu een daad in de eerste betekenis – sc. : de daad van de wilsvrijheid – (*peccatum originarium*) en is tegelijk de formele grond van elke tegen de wet indruisende daad.’²⁴ Deze hang naar het kwaad ligt niet alleen aan de oorsprong van elk feitelijk kwaad, maar komt tevens bij elk mens voor. Het radicale kwaad sluimert in ieder van ons. Dit begrip doet enigszins denken aan het begrip van de ‘erfzonde, volgens welk een zonde van generatie op generatie wordt doorgegeven, maar die associatie is niet juist. Het heeft betrekking op het gegeven van de vrijheid zelf. Wat Kant wil benadrukken is de demonische zijde van de vrijheid.²⁵ Juist omdat de mens vrij is, is hij in staat tot het kwaad. Daarom geldt dat iedereen ertoe in staat is, en er zelfs een hang naar heeft. Het kwaad is niet bij de ander gelegen, het zit in elk van ons.

Uitweiding: de fragiliteit van de mens

Het aanwijzen van het radicale kwaad als formele bron van elk kwaad bij ieder mens, laat de drie deelbronnen van het morele kwaad nog onbesproken. Kant wees er drie aan: de breekbaarheid (*fragilitas*), de onzuiverheid (*impuritas*) en de omkering (*perversitas*). Er ligt echter bij nadere beschouwing een verschil tussen de tweede en de derde bron enerzijds en de eerste anderzijds. In het geval van de onzuiverheid (de tweede bron) is de goede wil vermengd met onzuivere motieven; in het geval van de omkering (de derde bron) is de goede wil ondergeschikt aan andere motieven. De uitkomst kan in beide gevallen een handelen zijn dat feitelijk conform is aan de wet dan wel strijdig met de wet. Het handelen is echter in beide gevallen slecht, omdat het niet ‘omwille van de wet’ plaatsvond. Conformiteit aan de wet is niet voldoende. Alleen het ‘omwille van’, de keuze die in vrijheid gemaakt is, telt. De vrijheid

²² I. Kant, *De religie binnen de grenzen van de rede*, vertaling van *Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft* van G. Van Eekert, W. Van Herck, W. Lemmens, Amsterdam: Boom 2004, p. 81. Zie ook Kant 1793/4 (*supra* noot 19), p. 685/6: ‘Wenn nun ein Hang dazu in der menschlichen Natur liegt, so ist im Menschen ein natürlicher Hang zum Bösen; und dieser Hang selber, weil er am Ende doch in einer freien Willkür gesucht werden muss, mithin zugerechnet werden kan, ist moralisch böse. Dieses Böse ist radikal, weil es den Grund aller Maximen verdirbt.’

²³ Kant 2004 (*supra* noot 22), p. 73; id. 1793/4 (*supra* noot 19), p. 678/9: ‘Also kann ein Hang zum Bösen nur dem moralischen Vermögen der Willkür ankleben.’

²⁴ Kant 2004 (*supra* noot 22), p. 74; id. 1793/4 (*supra* noot 19), p. 679: ‘Der Hang zum Bösen ist nun Tat in der ersten Bedeutung (*peccatum originarium*), und zugleich der formale Grund aller Gesetzwidrigen Tat im zweiten Sinne genommen, welche dem Materie nach demselben widerstreitet, und Laster (*peccatum derivativum*) genannt wird.’

²⁵ Zie Ricoeur 1986 (*supra* noot 13), p. 44: ‘(...) il aperçoit le fond démonique de la liberté humaine.’

zelf is in deze gevallen niet aangetast. Bij de fragiliteit (de eerste bron) ligt dat anders. Hier is de vrije wil aanwezig, maar is zwak, de vrijheid is zelf 'gebroken'. Dat komt omdat de mens zelf breekbaar is.

De Franse filosoof Ricœur heeft deze notie van menselijke fragiliteit van Kant overgenomen, verder uitgewerkt en verbreed.²⁶ De mens als zodanig is fragiel of broos, omdat hij naar de woorden van Pascal 'ni ange, ni bête' is. De mens is gekenmerkt door een disproportionaliteit, omdat hij aan de ene kant gebonden is aan de beperkingen van de natuur en aan de andere kant die kan overschrijden en alles vanuit een oneindig gezichtspunt ('a view from nowhere') kan overzien. Hij is een wezen van eindigheid én oneindigheid, en hij dient daarom een middenpositie in te nemen en te bewaren. De mens is een 'homo duplex'. Hij is ten aanzien van de kennis aangewezen op de zintuigen (eindigheid), maar ook maakt hij gebruik van de rede (oneindigheid). Hij moet om tot geldige kennis te komen niet blijven kleven aan de feitelijkheid van de zintuigen, maar mag zich ook niet overgeven aan abstracte, formele redeneringen. Dezelfde polariteit speelt op het vlak van het geluk. Aan de ene kant leveren de zintuigen hem een particulier genot, maar aan de andere kant leeft er in hem een streven naar een oneindig geluk, tussen welke polen een bemiddeling moet plaatsvinden. Die bemiddeling leidt tot het ontstaan van een welomschreven verlangen, dat bevredigd kan worden (de pool van de eindigheid) maar ook altijd verdiept kan worden (de pool van de oneindigheid). Dat verlangen kan zich afspelen in het register van het bezit, van macht en van erkenning. Deze beperkte verlangens (naar bezit, macht en erkenning) kunnen echter in tweede termijn, in Ricœur's opvatting van Kant, ontgrendeld worden en een ver-oneindiging ondergaan. En hier toont zich de breekbaarheid, de fragiliteit. De wil 'breekt'. Het verlangen ('Begierde') naar bezit wordt hebzucht ('Habsucht'), het verlangen naar macht wordt heerszucht ('Herrschaft'), het verlangen naar erkenning wordt (eersucht) 'Ehrensucht'.²⁷

In deze overgang van een redelijk, getemperd verlangen naar een onredelijke zucht, betreden wij het terrein van wat traditioneel de passies heten. De leer van de passies kreeg in de moderne tijd veel aandacht (bij filosofen als Hobbes, Descartes, Spinoza en Hume), omdat passies een onderdeel zouden vormen van het natuurlijke van de mens, dat onder het bewind van de rede gesteld moest worden. Descartes en Spinoza waren daarbij relatief positief over deze mogelijkheid, Hobbes en Hume waren veel sceptischer. Toch ligt hier een verschil. Hoewel Kant dezelfde term gebruikt als deze denkers (*passiones animi*) verstaat hij daar iets anders onder. Hij verstaat onder de passies niet heftige gemoedsbewegingen ofwel affecten – zoals begeerte, blijdschap en verdriet (Spinoza); of deze drie en tevens liefde, haat en be-

²⁶ P. Ricoeur, *Philosophie de la volonté. Tome 2. Finitude et culpabilité. Livre 1. L'homme fallible* (1960), Parijs: Aubier, 1988, p. 21-162, i.h.b. p. 142-149.

²⁷ Kant 1798 (*supra* noot 3), p. 599.

wondering (Descartes). Hij verstaat daaronder de ontarding van verlangens of neigingen tot zuchten ('Leidenschaften'), die zonet zijn beschreven. Het verschil is in de vrijheid gelegen. Doet een affect, als een soort roes, gedurende de duur van het affect korte tijd afbreuk aan de vrijheid, de zucht vindt zijn lust in de verslaafdheid en het verlies van de vrijheid zelf: de 'Slavensinn'.²⁸

De hiermee gegeven vrijheidsbeperking is duurzaam. Er is bij deze zuchten een duurzame ontsporing van het verlangen, omdat wat een deelverlangen is (bijvoorbeeld naar eer), allesoverheersend wordt zodat alles ervoor moet wijken. Dat leidt tot een verdwazing die in strijd is met de rede zelf: wat middel is, wordt doel, wat deel is wordt geheel. De beperking van de vrijheid is weliswaar duurzaam, maar zij is slechts gedeeltelijk en leidt niet tot een volledige opheffing ervan. Omdat de rede met haar oproep tot vrijheid niet ophoudt, blijft bij de zuchtigheid de vatbaarheid voor het appel van de rede bestaan. Daar ligt ook de grond van het moreel verwerpelijke, de 'slechtheid' van de zuchten. De zuchten veroorzaken leed en daarmee kwaad in fysische zin, maar zij zijn bovendien 'slecht' in morele zin ('böse') omdat zij intrinsiek in strijd met de rede zijn en de zuchtige ervoor kiest.²⁹ Zij zijn voor een ander deel niet moreel slecht, omdat de zuchtige er níét in vrijheid voor kiest. In die beperking van de wilsvrijheid – zonder opheffing te impliceren – toont zich de fragiliteit van de mens, wiens wil er is, maar ook zwak kan zijn en, bij wijze van spreken, kan bezwijken zonder geheel verdwijnen, omdat het appel van de rede en de vatbaarheid daarvoor blijven bestaan. Daarmee is de verbinding tussen het morele kwaad en de wilsvrijheid, die Kant met nadruk zo naar voren heeft gebracht, niet ontkracht. De ingebrachte nuancerings doet haar eerder nog scherper naar voren komen. Het is een herbevestiging van de verbinding tussen het morele kwaad ('das Böse') en de wilsvrijheid, die voor het denken nadien richtinggevend is gebleven: de herbevestiging van een 'morele visie op de wereld'.

Kant en de toerekeningsvatbaarheid

Dat geldt niet alleen voor het denken over het kwaad in de wereld in algemene zin maar ook voor de omgang ermee in het moderne strafrecht. Kant is immers ook een typische vertegenwoordiger van de Klassieke Richting. Het strafrecht als publiek recht komt naar zijn opvatting tot stand als de staat langs de weg van het sociaal contract de taak toegewezen heeft gekregen de vrijheid te beschermen van de burger jegens de andere burger en jegens de staat. De grond van een strafrechtelijke reactie op een misdaad is erin gelegen dat een misdrijf tegen de rechtsorde als zodanig is gericht. De rechtvaardiging van de straf is in het verlengde daarvan gelegen in het herstel van de rechtsorde die gelaedeerd is. Het kwaad is niet alleen het slachtoffer aangedaan, maar diens leed is onderdeel van een breder letsel. Het is uiteindelijk

²⁸ Kant 1798 (*supra* noot 3), p. 601.

²⁹ Kant 1798 (*supra* noot 3), p. 601.

dit letsel door het delict als 'crimen publicum' jegens het recht zelf ('das gemeine Wesen') dat vergolden moet worden.³⁰ Het klassieke strafrecht is in algemene zin (en zo ook bij Kant) retrospectief gericht en vergeldend van aard. Het vergeldingsprincipe wordt verbreed, kan men zeggen. Het heeft niet alleen betrekking op de relatie dader-slachtoffer maar ook op die tussen dader en rechtsorde. Het biedt een rechtvaardiging van de straf, het richt de straf en biedt een maatstaf voor de hoogte ervan.³¹ Er dient immers een proportionaliteit tussen misdaad en straf te bestaan, zonder dat een materiële gelijkheid nagestreefd hoeft te worden. De vergeldingsgedachte draagt zo het begrip van zijn begrenzing met zich mee.³²

Toch biedt Kant in zijn strafrechtsopvatting geen daadstrafrecht in engere zin. Het belang van de 'wil' is al duidelijk gebleken. Voor het geval de betrokkene niet vanuit wilsvrijheid ('freie Willkür') handelde, kan hem de daad niet worden toeerekend. Dan ontbreekt de grondslag voor de vergelding. Kants filosofie van de vrijheid maakt dat de vraag naar de toerekeningsvatbaarheid ('die Imputabilität einer Handlung') centraal komt te staan in zijn mensbeschouwing.³³ Die wilsvrijheid kan geheel ontbreken indien het besluit om een daad te verrichten genomen is in een toestand waarin een mens niet beschikte over het goede gebruik van de kenvermogens. De toestanden waarbij, naar de gedachtegang van Kant de kenvermogens ernstig verstoord zijn, komen vermoedelijk overeen met wat thans psychotische stoornissen genoemd worden.³⁴ Bij de commune delicten leidt dat tot opheffing van de toerekenbaarheid van de handeling. Het leed, het aangedane kwaad, blijft be-

³⁰ I. Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), *Werke* (Ed. Weischedel) Bnd 4, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1970, p. 307-634, p. 452.

³¹ Van Roermond laat de vergelding niet als de rechtvaardigingsgrond bij Kant gelden, maar alleen als richtsnoer voor de straf. Men kan de vergelding ook aan de schending van de rechtsorde binden. Zie B. van Roermond, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, Bussum: Coutinho 1993, p. 212-215.

³² Ook wanneer het vergeldingsbeginsel, als principe van de maat van de straf, 'equivalentie van schuld en straf' nastreeft, ligt daarin reeds een matiging besloten: equivalentie is niet: gelijkheid. Zie L. Polak, *De zin der vergelding*, Amsterdam: Emmering 1921, p. 125-15. Meer uitgesproken nog in L. Polak, 'Over straf en opvoeding', in Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 127-135, en wel p. 133, waar de individualisering van de straf een 'rechtseis' heet.

³³ Kant 1797 (*supra* noot 30), p. 334: 'Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist das Urteil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann Tat (factum) heisst und unter Gesetzen steht, angesehen wird;' En ook p. 329: 'Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind.'

³⁴ Dit zijn: 'Unsinnigkeit', 'Wahnsinn', 'Wahnwitz', 'Aberwitz'. Zij worden geclassificeerd naar de wijze waarop zij de verschillende kenvermogens die Kant onderscheidt, aantasten (zoals waarneming, verbeelding, verstand, rede). Zij komen overeen dat het resultaat hetzelfde is, in de zin dat het goede gebruik van de kenvermogens (de 'sensus communis') is aangetast. Uitvoerder A.W.M. Mooij, *Psychiatrie, recht en de menselijke maat*, Amsterdam: Boom 2004, p. 185-195: 'Kant over psychiatrie en recht'.

staan, maar het is niet verkozen, niet gewild in de ‘freie Willkür’, in het ‘liberum arbitrium’, en is daarom geen moreel kwaad in strikte zin meer, zodat er geen schuld is en aan de vergelding de grondslag is ontvallen.

Kant laat zich niet uit over de mogelijkheid van een verminderde toerekeningsvatbaarheid. Als hij dat wel zou hebben gedaan, kwamen de ‘Leidenschaften’ daarvoor waarschijnlijk in aanmerking. Zij heffen de wilsvrijheid, het vrije gebruik van de rede, niet in haar geheel op, maar doen daar wel afbreuk aan. De specifieke invulling die Kant eraan geeft – heerszucht, bezitszucht, eerezucht – maakt dat wat hij ‘zuchten’ noemt, heel goed in verband gebracht kan worden met wat thans persoonlijkheidsstoornissen heten. Hij noemt ze ook expliciet ‘ziektes’ (waartegen alleen palliatiefmiddelen zouden zijn).³⁵ Die parallel is goed te trekken.³⁶ Belangrijker is de overeenkomst op formeel vlak. De zuchten of ‘Leidenschaften’ veroorzaken niet alleen leed (‘Übel’), maar zij zijn zelf ‘böse’. Zij zijn niet alleen verderfelijk (omdat zij kwaad, leed, veroorzaken), maar zij zijn ook moreel verwerpelijk (omdat zij tegen een goed gebruik van de rede ingaan). Maar die morele verwerpelijkheid wordt weer beperkt omdat het vrije gebruik van de rede zelf voor een deel beperkt is en aan de wilsvrijheid afbreuk is gedaan. Hoewel Kant het begrip van verminderde toerekeningsvatbaarheid niet kent, zou dit hier, ook volgens de eigen gedachtegang, wel van toepassing kunnen zijn.

Toerekeningsvatbaarheid: de verinnerlijking van het morele kwaad

Hoewel Kants denken aanknopingspunten zou hebben kunnen bieden voor de notie van een vermindering van de toerekeningsvatbaarheid, is dat niet gebeurd. Binnen de Klassieke Richting met haar accent op de retrospectieve vergelding paste een dergelijke nuancering niet echt. Het was de Nieuwe Richting die de invoering hiervan mogelijk maakte in het verlengde van de introductie van het instrument ‘maatregel’ naast of in aanvulling op de straf. Het leidde niet tot een verandering van de gedachtegang over de toerekeningsvatbaarheid zelf. Er ontstond wel een prak-

³⁵ Kant 1798 (*supra* noot 3), p. 600: ‘Krankheiten wider die es nur Palliativmittel gibt’, ofwel t.z.p. ‘Leidenschaften sind Krebschäden für die reine praktische Vernunft und mehrenteils unheilbar, weil der Kranke nicht will geheilt sein und sich der Herrschaft des Grundsatzes (sc. der freien Willkür) entzieht, durch den dieses allein geschehen könnte.’

³⁶ Men kan daarbij, om de gedachten te bepalen, een parallel zien tussen machtszucht en perversie (waar onderwerping centraal staat), bezitszucht en de borderline persoonlijkheidsstoornis (waar de ander bezeten wordt) en tussen eerezucht waar alles voor het aanzien moet wijken en de narcistische persoonlijkheidsstoornis (waar een gevoeligheid voor krenking centraal staat). Zie de volgende omschrijving van een persoonlijkheidsstoornis: American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*. Washington 2004, p. 686: ‘The essential feature of a Personality Disorder is an enduring pattern of inner experience and behaviour that deviates markedly from the expectations of the individual’s culture and is manifested in at least two of the following areas: cognition, affectivity, interpersonal functioning, or impulse control.’

tijk waar, in het geval van psychotische stoornissen, tot opheffing van de toerekeningsvatbaarheid geconcludeerd kon worden (omdat daar de wilsvrijheid geheel is opgeheven) en, in geval van persoonlijkheidsstoornissen, tot een zekere mate van vermindering daarvan besloten kon worden (omdat daar de wilsvrijheid ten dele is opgeheven) – wanneer daarnaast ook aan het vereiste van een thematische doorwerking van de stoornis in het delict is voldaan.³⁷

Wat zijn de gevolgen voor de notie van het kwaad, het morele kwaad? Bij het naar voren treden van het concept van de toerekeningsvatbaarheid, in de lijn van Kant, is een soort verinnerlijking van het morele kwaad opgetreden. Was de oude conceptie van het morele kwaad ‘het kwaad dat wij doen’ – in onderscheid met het fysieke kwaad ‘dat er is’ – zo wordt de moderne, in aanleg kantiaanse conceptie ervan, het ‘kwaad dat wij in vrijheid willen’. Iemand verdient straf, niet omdat hij een handeling verricht heeft, maar omdat hij die in vrijheid gewild heeft, zodat bij afwezigheid van die vrije wil de straf vervalst. Dat heeft tot gevolg dat het kwaad dat wij doen zonder het in vrijheid, in de diepere zin ervan, te ‘willen’, ophoudt een moreel kwaad in strikte zin te zijn. De vraag naar de toerekeningsvatbaarheid heeft precies op dat onderscheid tussen ‘daad’ en ‘wilsvrijheid’ betrekking. Men kan dus zeggen dat de vraag naar de toerekeningsvatbaarheid en wel naar de wilsvrijheid een snede legt binnen het morele kwaad.

Dat betreft het onderscheid tussen het morele kwaad in de oude en brede zin (de uiterlijkheid van de daad) en het morele kwaad in de nieuwe en strikte zin (de verinnerlijking met de vrije wil hierbij).

De praktijk is dan zo dat bij ontoerekeningsvatbaarheid de morele dimensie van het kwaad in de nieuwe en strikte zin min of meer verdwijnt, zodat er geen grondslag tot vergelding meer is. Maar het morele kwaad, in de oude en brede zin van het ‘kwaad dat wij doen’ – het *malum faciamus* – verdwijnt niet. Er vindt geen vrijspraak plaats, maar slechts ontslag van rechtsvervolging. Dat is conform de intuïtie dat met het verdwijnen van de wilsvrijheid de daad zelf niet is verdwenen. Het opgeheven zijn van de wilsvrijheid doet de daad niet overgaan in een louter natuurverschijnsel. Het morele kwaad wordt wel als het ware geresorbeerd, wat blijkt uit de toepassing van schulduitsluiting, maar laat een restant, dat blijkt uit het feit dat geen vrijspraak volgt maar alleen wordt afgezien van strafvervolging.

De zo geboden nuanceringsmogelijkheid zet zich verder door met het toelaten van gradaties in de toerekeningsvatbaarheid. Het begrip van het innerlijke morele kwaad werd ‘gradueel’.

Dat gebeurde niet expliciet, maar impliciet en onuitgesproken. Bij een verminderde toerekeningsvatbaarheid is de verwijtbaarheid slechts ten dele opgeheven, zodat het morele kwaad, in zijn verinnerlijkte vorm en strikte zin, niet geheel maar

³⁷ In de Bondsrepubliek Duitsland is de situatie gelijk. Men kent er het onderscheid tussen ‘Schuldunfähigkeit’ (StGB par. 20) en ‘verminderte Schuldfähigkeit’ (StGB par. 21).

slechts in verminderde mate blijft bestaan. De verdachte kon het immers maar ‘voor een deel helpen’ dat hij deed zoals hij deed. Het morele kwaad is ook in zijn verinnerlijkte vorm, in zijn koppeling aan de wilsvrijheid, niet iets van ‘plus of min’, ‘ja of nee’, maar iets dat in verminderde mate kan bestaan – terwijl het morele kwaad in de brede zin van de daad zelf, onveranderd blijft. En zo leidt een verminderde omvang van ‘moreel kwaad in strikte zin’ tot een verminderde omvang van de vergelding, wat tot een lagere strafmaat zou kunnen leiden dan anders het geval zou zijn geweest.

Daarnaast heeft de Nieuwe Richting vanuit haar prospectieve gerichtheid ook oog gehad voor toekomstig kwaad. Dat was zelfs haar inzet: het elimineren van gevaarlijke individuen uit de samenleving. Die prospectieve gerichtheid speelde weliswaar ook een rol bij de straftoemeting vanuit de Klassieke Richting in de zin van generale en speciale preventie. De generaal preventieve werking van de straf beoogde toekomstig moreel kwaad te verhinderen en de verdachte kon voor de duur van de detentie geen strafbare feiten, geen kwaad, meer begaan, wat in een tijdelijke preventie resulteerde. Maar voor de indamming van een toekomstig moreel kwaad in de brede zin van het woord, uitgaande van een slechts gedeeltelijk toerekeningsvatbare dader, bood de straf geen grondslag. De introductie van de maatregel van de terbeschikkingstelling bood die wel. Op grond hiervan kon men personen van wie men aannam dat zij kwaad konden doen, dat ze ‘gemeengevaarlijk waren’ – terwijl dat slechts een moreel kwaad betrof in brede zin, want voor een deel wilsonvrij – een maatregel van vrijheidsbeneming opleggen.³⁸

Keuzevrijheid: verder dan Kant

Zo zijn wij weer teruggekeerd bij het kwaad in zijn samenhang met de wilsvrijheid. De koppeling van het morele kwaad aan de wilsvrijheid, bewerkstelligde de verinnerlijking van het morele kwaad. Wij hebben bij het historische overzicht gezien hoe het denken over het kwaad een soort voltooiing vond in Kants visie: de verinnerlijking van het morele kwaad en het belang van de wilsvrijheid daarbij. Dat wil niet zeggen dat Kants inhoudelijke opvatting van de wilsvrijheid ook nu nog onverkort aanvaardbaar zou zijn. Deze oriëntatie aan Kant kan nog gerelativeerd worden. Met behoud van Kants morele perspectief is het niet nodig de keuzevrijheid geheel naar zijn schema te duiden, waarin de uitoefening van de wilsvrijheid (‘liberum arbitrium’, ‘freie Willkür’) zou blijken uit de wijze waarop en de mate waarin een persoon zijn neigingen invoegt en ondergeschikt maakt aan de rede. Bij hem is het zich laten leiden door de rede, als beginsel van universaliseerbaarheid, de bron van de vrijheid. Het primaat van de rede met de hiermee gegeven tegenoverstelling van rede en natuur, maakt deze visie wel erg rationalistisch en ook dualistisch.

³⁸ Zie voor de geschiedenis van de wetgeving en wat daaraan vooraf ging E.J. Hofstee, *TBR en TBS*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 53-175.

Er is een ook minder rationalistische en dualistische opvatting mogelijk van de vrijheid, die toch de opvatting van vrijheid als keuzevrijheid intact laat. Men kan namelijk opmerken dat hoe algemeen, hoe formeel Kants gedachte ook is, zij toch nog te inhoudelijk is ingevuld. Het vereiste van universalisering – ‘Wat zou ieder ander doen in dit geval?’ – is weliswaar algemeen gesteld, maar toch nog te inhoudelijk bepaald, en wel precies omdat universalisering als specifieke eis wordt gesteld. De keuzevrijheid kan nog algemener, nog ‘formeler’ gedacht worden dan Kant deed. Zij is dan niet gelegen in het vereiste van de mogelijkheid van universalisering, maar in de mogelijkheid afstand te kunnen nemen. Door afstand in te nemen ten opzichte van de situatie waarin men verkeert, is men in staat de situatie in ogenschouw te nemen, te overdenken en gevoelsmatig te verwerken, en kan men handelingsalternatieven overwegen. De wilsvrijheid, de keuzevrijheid is dan gelegen in dit vermogen tot afstandneming, tot reflectie, kortom: het vermogen tot overleg. De keuzevrijheid wordt dan niet bepaald door de vraag van Kant, maar door vraag naar de mogelijkheden de betreffende situatie te overzien, te overdenken, gevoelsmatig te verwerken. De vrijheid is niet gelegen in zich onttrekken aan de situatie door het gedachte-experiment van universalisering, maar in de mogelijkheid van reflectie over de situatie. In wezen betreft dit vermogen tot overleg ook de ‘rede’ maar dit is een ruimer begrip ervan dan het toch ingeperkte (rationalistische) begrip van Kant. Het vermogen tot reflectie is ‘altijd al’ gezien als datgene wat de mens kenmerkte. Het gaat terug op de opvatting van Aristoteles van de mens als wezen dat over rede beschikt: ‘zoon logon echon’. Deze opvatting van de keuzevrijheid is ook praktisch, omdat zij zich goed laat vertalen naar de praktijk van de bepaling van de toerekeningsvatbaarheid. Een onvermogen tot afstandneming is kenmerkend voor psychotische toestanden, terwijl een beperking in dat vermogen gegeven is met stoornissen op het vlak van de persoonlijkheid.³⁹

Ten slotte: deze opvatting van keuzevrijheid als vermogen tot overleg of reflectie staat niet op gespannen voet met een gelijktijdige vergaande bepaaldheid van handelen. Reflectie over de situatie, impliceert een bepaaldheid van die situatie. Het zien van mogelijkheden, die ingebed zijn in een veld van gedetermineerde feitelijkheden, schept wel de mogelijkheid van een keuze om een mogelijkheid die gezien is te verwerkelijken, die dan een feit kan worden. Hierbij kan men kiezen voor iets goeds of iets kwaads, voor iets wat door de betrokkene zelf, of door de morele gemeenschap dan wel de rechtsgemeenschap, als iets goeds of iets kwaads wordt beschouwd. De mogelijkheid van de keuze komt dan aan de mens als zodanig toe, in zoverre het hem mogelijk is afstand te nemen van de situatie waarin hij zich bevindt, om die te overdenken en gevoelsmatig te verwerken. Als zodanig is de mogelijkheid van het kwaad, in de zin van de keuze van het kwaad, gegeven met de condition humaine. Dit stond Kant voor ogen in zijn opvatting van het ‘radicale

³⁹ A.W.M. Mooij 2004 (*supra* noot 9), p. 122-124.

kwaad'. Dit is het kwaad waartoe ieder mens in staat is – dat niet alleen bij een ander gelegen is – en dat zijn grond vindt in de menselijke vrijheid. De vraag naar de toerekeningsvatbaarheid heeft uiteindelijk – zij het in een strafrechtelijke verwerking ervan – precies op dit vermogen van de vrijheid betrekking.

